

# VU Research Portal

## Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?

van Ommeren, F.J.

### ***published in***

Rechtsgeleerd magazijn Themis  
2002

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Ommeren, F. J. (2002). Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden? *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 123-137.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Het legaliteitsbeginsel in het staats- en bestuursrecht: opkomst en ondergang van de geïmpliceerde bevoegdheden?

Mr. F.J. van Ommeren\*

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

De Raad van State heeft vrij recent het legaliteitsbeginsel ter discussie gesteld in zijn advies over de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid. De Raad heeft op de volgende – indringende – wijze de vraag naar de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel onder woorden gebracht:

*‘Waar wet- en regelgeving onontbeerlijk zijn, zou verder gezien kunnen worden, of onder alle omstandigheden moet worden vastgehouden aan uiteindelijke regeling via de wet in formele zin. Is het nodig en wenselijk om steeds uit te gaan van de gedachte dat de wet in formele zin het enige volwaardige type wettelijke regeling is waartoe iedere regeling te herleiden moet zijn?’<sup>2</sup>*

Iets eerder had de Afdeling bestuursrechtspraak al blijk gegeven van een relativerende benadering van het legaliteitsbeginsel, door in haar jurisprudentie met betrekking tot het zelfstandig schadebesluit en het zelfstandig terugvorderingsbesluit te overwegen dat rechtsbeginselen publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen ‘scheppen’ en dat publiekrechtelijke bevoegdheden op rechtsbeginselen kunnen ‘berusten’.

In deze bijdrage komt het geïmpliceerde karakter dat mijns inziens aan dit soort bevoegdheden kan worden toegekend, tamelijk uitvoerig aan de orde. De vrij nieuwe figuren van het zelfstandig schadebesluit en de zelfstandige terugvordering vormen aanleiding om, daaraan voorafgaand, meer in den brede aandacht aan geïmpliceerde bevoegdheden te besteden. De staats- en bestuursrechtelijke literatuur weet met dit soort bevoegdheden maar moeilijk raad. Traditioneel wordt de bevoegdheid om voorschriften aan beschikkingen te verbinden wel in deze sleutel geplaatst (par. 4). Het staats- en bestuursrecht kent echter aanzienlijk meer soorten geïmpliceerde bevoegdheden (par. 5). Het loont de moeite de

nieuwe figuren tegen de achtergrond van de andere geïmpliceerde bevoegdheden te plaatsen en te bezien wat in dit verband de betekenis van de bevoegdheidsscheppende rechtsbeginselen is (par. 6).

Inmiddels schiet de wetgever te hulp, door een wetsvoorstel voor te bereiden dat een wettelijke grondslag biedt voor de terugvordering van subsidies en derhalve het veronderstellen van een geïmpliceerde bevoegdheid op dat terrein overbodig maakt. Aan de orde komt wat in het licht van het legaliteitsbeginsel de toegevoegde waarde van deze nieuwe wettelijke grondslag is (par. 7).

Van oudsher werd ook de bevoegdheid tot het opleggen van reparatoire sancties geïmpliceerd geacht. Hoewel het geïmpliceerde karakter hier thans niet meer dominant is, is het wel van betekenis voor de aard van de wettelijke grondslag van dit soort bevoegdheden. Om die reden wordt in deze bijdrage aan dit soort bevoegdheden extra aandacht besteed (par. 8).

Uit artikel 89 lid 2 Grondwet volgt dat ‘voorschriften door straffen te handhaven’ een wettelijke grondslag moeten hebben. Mede gezien de ontwikkelingen die zich de laatste jaren op het terrein van de handhaving hebben voorgedaan, moet de huidige codificatie van het legaliteitsbeginsel echter zeer verouderd worden geacht. Deze bijdrage wordt dan ook afgesloten met een pleidooi voor codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet op een wijze die het geldende recht tot uitgangspunt neemt, doch tevens ruimte laat voor de relativeringen zoals die onder meer door de Afdeling worden gemaakt (par. 9). Het heeft echter weinig zin dit te doen zonder eerst goed inzicht te hebben in de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel naar geldend recht. Vandaar dat dat onderwerp nu eerst aan de orde komt (par. 2), gevolgd door een korte beschouwing over de eisen die aan de wettelijke grondslag mogen worden gesteld (par. 3).

\* Mr. F.J. van Ommeren is raadadviseur bij het Ministerie van Justitie en UHD bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de VU. Deze bijdrage is op persoonlijke titel ge-

schreven.

1. Dit artikel is het tweede artikel in een reeks artikelen over het legaliteitsbeginsel. Het eerste artikel in deze reeks verscheen in

RMThemis 1999/4, p. 117 (mr. K. Roze-  
mond: ‘Legaliteit in het materiële strafrecht’).  
2. Kamerstukken II 2000/2001, 27 475, A, p.  
14.

## 2. Het legaliteitsbeginsel naar geldend recht

Het legaliteitsbeginsel vereist naar geldend recht dat eenzijdig door de overheid op te leggen verplichtingen op een wettelijke grondslag berusten. Onder 'verplichtingen' zijn zowel ge- als verboden te verstaan, met inbegrip van de bevoegdheid om daarop uitzonderingen te maken, bijvoorbeeld met behulp van vergunningen e.d. Bestuursorganen dienen langs de weg van attributie of delegatie de bevoegdheid daartoe te hebben gekregen. Deze opvatting over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel vindt ondersteuning in de jurisprudentie. Ook het Leidraad-arrest staat aan deze opvatting niet in de weg.<sup>3</sup>

Teneinde het Leidraad-arrest goed op waarde te schatten, moet het worden gezien in relatie met de jurisprudentie die eraan voorafging. Uit het Avanti-arrest werd wel afgeleid dat de Hoge Raad bepaalde beleidsregels tot de algemeen verbindende voorschriften zou willen rekenen.<sup>4</sup> In het Leidraad-arrest maakt de Hoge Raad echter een uitdrukkelijk onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.<sup>5</sup> Het Leidraad-arrest moet daarom in het bijzonder ook worden vergeleken met het Rogge-arrest. In dit klassieke arrest overwoog de Hoge Raad dat onder 'wet' mede moet worden begrepen 'naar buiten werkende, dus tot ieder gerichte algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent'.<sup>6</sup> In het Leidraad-arrest wijzigt de Hoge Raad in zoverre zijn standpunt dat ook beleidsregels naar buiten kunnen werken. Voor wetgeving in materiële zin – met andere woorden: algemeen verbindende voorschriften – heeft de Hoge Raad de eis van een wettelijke grondslag niet losgelaten. De verandering is dat er met deze rechtspraak ook naar buiten werkende rechtsregels zijn zonder wettelijke grondslag. Dat is mijns inziens niet bezwaarlijk, omdat het normerende vermogen van deze regels beperkter is dan dat van algemeen verbindende voorschriften: beleidsregels kunnen betrokkenen niet zelfstandig binden. Met ander woorden, met beleidsregels kunnen niet zelfstandig verplichtingen worden opgelegd.

Dit laatste is bijvoorbeeld goed te zien bij de conversie van gebrekkige wettelijke voorschriften in beleidsregels, bijvoorbeeld omdat die voorschriften

niet op de voorgeschreven wijze zijn bekendgemaakt. Conversie is alleen toegestaan indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.<sup>7</sup> De belangrijkste voorwaarde is dat met de regeling geen rechtsgevolgen zijn beoogd die alleen door een algemeen verbindend voorschrift kunnen worden bewerkstelligd. Een tweede voorwaarde is dat de wet het bestuursorgaan niet verplicht om terzake nadere wettelijke regels op te stellen. De vraag welke rechtsgevolgen alleen door een algemeen verbindend voorschrift kunnen worden teweeggebracht, dient te worden beantwoord met behulp van het legaliteitsbeginsel. Dat beginsel brengt met zich dat met de te converteren regeling geen zelfstandige verplichtingen in het leven kunnen worden geroepen.

Tegen deze achtergrond rijst de vraag wat de betekenis is van het overbekende Fluorideringsarrest, waarin de Hoge Raad overwoog dat 'ingrijpende' overheidsmaatregelen een wettelijke grondslag moeten hebben.<sup>8</sup> Het Fluorideringsarrest houdt goed beschouwd een uitbreiding van bovenstaande in. Mijns inziens moet het begrip 'ingrijpend' hier zo worden verstaan dat behalve juridische, normatieve verplichtingen ook betrokkenen feitelijk bindende maatregelen, zoals de in feite opgelegde verplichting – de feitelijke noodzaak – om gefluorideerd drinkwater te nuttigen, een wettelijke grondslag moeten hebben.

Het standpunt dat in ieder geval door de overheid opgelegde verplichtingen een wettelijke grondslag moeten hebben, sluit aan bij het 19e-eeuwse gedachtegoed van de liberale rechtsstaat en is zo beschouwd dan ook niet zo erg verrassend. De Haan schrijft zelfs: zo opgevat is het een vereiste waar 'iedereen het mee eens kan zijn'.<sup>9</sup> Mijn reactie daarop is: was dat maar waar! Er zijn in de literatuur nogal wat auteurs die, op zoek naar nieuwe legaliteitscriteria, dit vereiste loslaten of over het hoofd zien. Bekend is de opvatting van Van der Vlies dat alleen 'ingrijpende' maatregelen een wettelijke grondslag behoeven, waarbij zij dit begrip op zo'n manier uitwerkt dat er ruimte is voor buitenwettelijke verplichtingen.<sup>10</sup> Hierin is zij recent nog gevolgd door Stoter.<sup>11</sup> Dit soort opvattingen moeten in strijd worden geacht met het geldende recht. Dan laat ik de moeilijke juridische operationaliseerbaarheid van termen als 'ingrijpend' en 'kernachtig'<sup>12</sup> overigens nog buiten beschouwing.

3. Zie meer uitvoerig: F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip*, diss. VU, Deventer 1996, p. 48 e.v.

4. HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 322 m.nt. MS. Zie over dit arrest in dit blad: C.A.M.J. Kortmann, 'Avanti rijp voor de sloop? Wet en recht in artikel 99 RO', *RMThemis* 1987, p. 369 e.v.

5. HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 m.nt. MS.

6. HR 10 juni 1919, NJ 1919, p. 650 en ook p. 647.

7. ABRvS 10 februari 2000, AB 2001, 322 m.nt. NV.

8. HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 m.nt. ARB; AB 1973, 187 m.nt. vdH.

9. P. de Haan, 'Wetmatigheid van bestuur: eis of beginsel?' *Bouwwrecht* 1998, p. 634.

10. I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, diss. Amsterdam 1984, p. 105, 106.

11. W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de rechter*, diss. UvA, Den Haag 2000, p. 123. Op de visie van Van der Vlies is nogal wat kritiek te uiten, waarover: *De verplichting verankerd*, a.w., p. 88 e.v. Had Stoter niet op zijn minst moeten proberen deze kritiek te weerleggen?

12. H.D. Stout, *De betekenissen van de wet*, diss. Leiden, Zwolle 1994, p. 230.

De opvatting dat in ieder geval de door de overheid opgelegde verplichtingen een wettelijke grondslag moeten hebben, is te beschouwen als een harde minimumeis. Om politieke of bestuurlijke redenen zal het vaak wenselijk zijn om verder te gaan. Zo acht ik het criterium 'ingrijpend' minder bezwaarlijk indien dat zou worden opgevat als een uitbreiding op de verplichtingen-maatstaf. Wanneer men dat wenselijk vindt, is dat tot uitdrukking te brengen door te spreken van het legaliteitsvereiste, voorzover de reikwijdte wordt begrensd door het geldende recht, en van het legaliteitsbeginsel, wanneer het streven is verder te gaan.<sup>13</sup> Niet eenvoudig is dat in de literatuur het onderscheid tussen geldend recht en wat om rechtspolitieke redenen wenselijk is, niet steeds uitdrukkelijk wordt gemaakt. Zo wordt een ruimere reikwijdte van het legaliteitsbeginsel wel gebaseerd op het ongeschreven recht.<sup>14</sup> Dat lijkt mij niet erg gelukkig.

Wel is het goed denkbaar de ruimere reikwijdte van het legaliteitsbeginsel als een rechtspolitiek desideratum op te vatten.<sup>15</sup> Het is heel begrijpelijk dat in de Aanwijzingen voor de regelgeving bijvoorbeeld een veel ruimere reikwijdte aan het legaliteitsbeginsel wordt toegekend. De Aanwijzingen hebben echter geen betrekking op de vraag of het overheidsoptreden zonder wettelijke grondslag ongeoorloofd is, maar op de vraag wat uit een oogpunt van wetgevingskwaliteitsbeleid het meest wenselijk is. Dat is een andere kwestie. Het uitgangspunt dat het legaliteitsbeginsel fungeert als waarborg tegen ongeoorloofde inbreuken door het bestuur op de rechtspositie van de burger, verdwijnt dan naar de achtergrond. Wanneer een overheidsbesluit geen wettelijke grondslag heeft, terwijl de Aanwijzingen die wel voorschrijven, is daarmee nog niet gezegd dat het besluit onrechtmatig is. In een rechtspolitieke benadering is het dan ook veel minder bezwaarlijk als het criterium niet goed in het positieve recht te operationaliseren is.

Het streven dat rechtsregels zoveel mogelijk in nauwkeurige wettelijke voorschriften moeten zijn vastgelegd, is aan te merken als een ideaal, maar

maakt geen onderdeel uit van ons positieve recht.<sup>16</sup> Veel rechtsnormen zijn niet vastgelegd in algemeen verbindende voorschriften, maar zijn te vinden in beleidsregels, nota's e.d. Deze rechtsnormen binden de overheid zelf. De betrokkenen, veelal de burgers, kunnen er rechten aan ontleen, maar kunnen er niet rechtstreeks door worden verplicht.

In Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, werd in de 11e druk (1983) het legaliteitsbeginsel als volgt omschreven: 'Een van de grondstellingen van de rechtsstaat is dat alle bestuur op de wet moet berusten.'<sup>17</sup> In de 12e druk (1989) en de daarna volgende drukken luidt deze omschrijving als volgt: 'Een van de grondstellingen van de rechtsstaat is dat alle bestuur op rechtsregels moet berusten'.<sup>18</sup> Essentieel is hier de wijziging van het woord 'wet' in 'rechtsregel'. Ook in het handboek *Constitutioneel recht* van Kortmann wordt niet over de wet maar over de regel gesproken: het legaliteitsbeginsel houdt in dat alle overheidsoptreden moet berusten op en overeenstemmen met, kenbare en voldoende specifieke, 'algemene regels'.<sup>19</sup> Duidelijk is dat door dit soort omschrijvingen de figuur van de wet naar de achtergrond verdwijnt. Aldus komt het legaliteitsbeginsel niet tegemoet aan het vereiste dat er een wettelijke grondslag moet zijn (formele legaliteitsbeginsel). Noch komt het tegemoet aan het streven zoveel mogelijk regels vast te leggen in wetgeving (men spreekt wel van het materiële legaliteitsbeginsel). Wel draagt het bij aan de verwerkelijking van het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. Men kan er over twisten of het in voldoende mate bijdraagt aan het democratiebeginsel. Wellicht wel, als men daarvoor tevreden is met de eis dat het vertegenwoordigend orgaan de in de beleidsnota opgenomen algemene regels niet heeft afgekeurd; maar niet, als men ook daarvoor de zwaardere waarborgen van de totstandkomingsprocedure van de wet noodzakelijk acht. Met Scheltema meen ik dat als het legaliteitsbeginsel er primair slechts toe dient het democratische gehalte van het overheidsoptreden te verhogen, het dan heel wel anders kan

13. Omdat dat niet gebruikelijk is in de literatuur, bezig ik hier deze terminologie niet, hoewel ik er dus geen bezwaar tegen heb. Vermeld zij dat er recent voor gepleit is dit terminologische onderscheid wel te maken; men zie m.n. De Haan, a.w., p. 633, 634 en S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, diss. Rotterdam, Den Haag 1997, p. 44; zie eveneens diens oratie, VU 2001, (mondelinge versie, de schriftelijke is nog niet gepubliceerd).

14. Zoals wordt geconstateerd door F.H. van der Burg, *Regelgeving en bestuur*, Zwolle 1993, p. 108. Mijns inziens gaat hij te ver door zelfs het legaliteitsbeginsel in zijn meer

beperkte betekenis niet als geldend Nederlands recht te beschouwen.

15. Zie Van der Burg, a.w., p. 108; P. de Haan, *Het moderne bestuursrecht en de verhouding publiek-/privaatrecht*, preadvies CJV 1998, p. 29; ibidem, a.w., p. 634 en F.J. van Ommen, De betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het staatsrecht, in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer 1999, p. 70-73.

16. Vgl. ook N. Verheij, 'De lijn. Alleen de wet heerscht over ons', *Publiek domein* 1989, p. 196.

17. Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 11e druk, Zwolle

1983, p. 440.

18. Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 12e druk, Zwolle 1989, p. 520; vgl. ook de 14e druk, Deventer 2001, p. 563.

19. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 4e druk, Deventer 2001, p. 314. Kortmann wijst erop dat het legaliteitsbeginsel in twee betekenissen wordt of kan worden gebezigd. Naast de genoemde betekenis onderkent hij het legaliteitsbeginsel in de zin van het vereiste van een grondslag in de wet in formele zin.

worden ingevuld.<sup>20</sup> Vooralsnog ga ik daar echter niet van uit.

### 3. De aard van de wettelijke grondslag

Gezien de omvangrijke literatuur over de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel, is het opmerkelijk dat betrekkelijk weinig aandacht wordt besteed aan de aard van de wettelijke grondslag.<sup>21</sup> Het is één ding om te zeggen dat bepaald overheidsoptreden op een wettelijke grondslag moet berusten, maar beslist iets anders om te zeggen aan welke eisen die grondslag moet voldoen. De wettelijke grondslag dient voldoende duidelijk voorzienbaar en kenbaar te zijn. Dit aspect van het legaliteitsbeginsel wordt wel aangeduid als het *lex certa*-beginsel. Zonder dit aspect zou het legaliteitsbeginsel onvoldoende bijdragen aan de rechtszekerheid. Voorts moet in dit verband het verbod van terugwerkende kracht van wettelijke voorschriften worden genoemd. Dit verbod hangt nauw samen met het *lex certa*-beginsel: een terugwerkend voorschrift is immers op het moment van toepassing in principe nog niet voorzienbaar en kenbaar. Voorzover wettelijke voorschriften eenzijdig verplichtingen opleggen, is terugwerkende kracht van wettelijke voorschriften mijns inziens in beginsel niet acceptabel.

Minder eenvoudig is echter om aan te geven wanneer een wettelijke grondslag op zichzelf voldoende duidelijk is. Woorden zijn nu eenmaal steeds voor interpretatie vatbaar. Hier is geen sprake van harde juridische vereisten. Niettemin is er wel aan aantal fingerwijzingen te geven waaraan een wettelijke grondslag bij voorkeur moet voldoen. Het meest belangrijk lijkt mij dat het doel, het oogmerk, van de wettelijke grondslag voldoende duidelijk is. Doorgaans is dit oogmerk uit de wet of haar systeem af te leiden. Wanneer het doel niet voldoende helder is moet de parlementaire geschiedenis hierin nader inzicht verschaffen. Voorts moet het mogelijk zijn de grenzen van de bevoegdheid uit de wettelijke grondslag af te leiden. Naarmate een grondslag ook de voornaamste voorwaarden vermeldt waaronder de bevoegdheid kan worden uitgeoefend, is hij meer concreet. Nog concreter is de grondslag indien hij ook aangeeft welke voorschriften kunnen worden verbonden aan de besluiten die het resultaat zijn van de bevoegdheidsuitoefening. Rechtsens dwingt het legaliteitsbeginsel echter niet zo ver te gaan. Doel, grenzen, voorwaarden en voorschriften vertonen samenhang. Naarmate een bestuursbevoegdheid nauwkeuriger is omschreven, preciezer aangeeft op

welke wijze het bestuursorgaan behoort op te treden en met welk oogmerk, is de grondslag meer specifiek.

Naast specifieke bevoegdheden kent de wetgever ook algemene bestuurstaken toe. In principe dienen taken en bevoegdheden uitdrukkelijk van elkaar te worden gescheiden, wat niet wil zeggen dat men zich daar steeds volledig aan houdt; de jurisprudentie laat daarvan voorbeelden zien. In beginsel is het zo dat wanneer aan een openbaar lichaam of een bestuursorgaan een taak wordt toegekend, daarnaast dient te blijken door welk bestuursorgaan en met behulp van welke publiekrechtelijke bevoegdheden deze taak kan worden uitgeoefend. Bovendien kunnen bepaalde taken ook langs privaatrechtelijke weg worden uitgevoerd.

Op grond van de jurisprudentie van de bestuursrechter wordt aan dit onderscheid nogal wat aandacht besteed, omdat deze rechter bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheidgrondslag af en toe een wettelijke taak voldoende acht als titel voor een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb (voorheen: een beschikking in de zin van artikel 2 Wet Arob). De rechtspraak levert enige willekeurige voorbeelden op. Te noemen valt onder meer de Natuurbeschermingswet<sup>22</sup>, de Welzijnswet<sup>23</sup>, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen<sup>24</sup> en de Gemeentewet in samenhang met de Wegenwet<sup>25</sup>. Het gaat hier om bepalingen die zorgtaken toekennen: zorg voor de natuur, asielzoekers, de kabel en de openbare weg.

Naast deze nog vrij precies omschreven wettelijke taken, die aan bepaalde overheidsinstanties de zorg op een min of meer duidelijk afgebakend terrein toekennen, zijn er ook wettelijke grondslagen die een veel grotere reikwijdte hebben, zoals de algemene bestuursbevoegdheden. Een enkele keer wil de bestuursrechter ook daarop wel de titel van een Awb-besluit baseren. Zo merkte de Afdeling de reactie van de gemeenteraad op een verzoek om een financiële bijdrage voor een bedrijfsverplaatsing op grond van de artikelen 108 jo. 147, tweede lid, Gemeentewet aan als besluit in de zin van de Awb.<sup>26</sup> Deze bepalingen brengen de bevoegdheid tot regeling en bestuur van het gemeentebestuur in het algemeen en de verdeling van deze bevoegdheden tussen de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester tot uitdrukking. Van een specifieke wettelijke grondslag is hier uiteraard in het geheel geen sprake.

20. M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1358.

21. Recente overzichten bieden R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, diss. UM, Den Haag 1998, p. 124-127 en Stoter, a.w., p. 126-128.

22. ABRvS 14 juni 1984, *BR* 1985, p. 19 e.v. m.nt. J. Wessel.

23. Pres. Rb. Maastricht 26 april 1996, *JB* 1996, 133 m.nt. HJS.

24. Pres. Rb. Breda 5 januari 1996, *AB* 1996, 111. Anders: ABRvS 13 maart 1997, *AB* 1997, 237 m.nt. GC.

25. ARRvS 1 december 1977, *AB* 1978, 208 m.nt. M. Scheltema en Pres. Rb. Utrecht 9 oktober 1997, *JB* 1997, 287 m.nt. RJNS.

26. ABRvS 11 mei 1998, *AB* 1998, 298 m.nt. M.J. Jacobs.

Kortom, de opvatting dat bepaald overheidshandelen op een wettelijke grondslag moet berusten, is op zichzelf nog niet zo heel veelzeggend. Waar het vooral om gaat is hoe concreet, hoe specifiek, die grondslag moet zijn. De Awb zegt daar weinig over. Met betrekking tot de grondslag die de Awb vereist voor de verstrekking van subsidies zelf, is voldoende als hij algemeen is (art. 4:23); maar zelfs die eis wordt niet door de Awb tot uitdrukking gebracht.<sup>27</sup> Voor handhaving met behulp van reparatoire sancties kan eveneens met een algemene bevoegdheidsgrondslag worden volstaan (vgl. art. 5:22 en 5:32 Awb). Beleidsregels kunnen worden vastgesteld voor binnen- en buitenwettelijke bevoegdheden (art. 4:81). De Awb schrijft voor dat aan de subsidie verbonden verplichtingen in beginsel een wettelijke grondslag moeten hebben. Uit de Awb blijkt niet duidelijk of deze grondslagen specifiek moeten zijn of dat met algemene grondslagen genoeg kan worden genomen. Het is heel begrijpelijk dat in de literatuur dan de vraag naar de aard van de grondslag wordt opgeworpen.<sup>28</sup>

Meer in het algemeen geldt dat specifieke wettelijke grondslagen met name in de bijzondere bestuurswetgeving zijn te vinden. De Awb verschaft dit soort bevoegdheden nauwelijks. Dat is overigens ook niet de bedoeling van de Awb. Deze wet geeft in algemene zin aan hoe de (in bijzondere wetgeving toegekende) bestuursbevoegdheden moeten worden gehanteerd. Bevoegdheden als het vaststellen van beleidsregels, het verstrekken van subsidies, het gebruikmaken van handhavingsbevoegdheden – en in de toekomst wellicht het verrichten van betalingshandelingen, het toekennen van schadevergoeding en het gebruik overeenkomsten – kennen op grond van deze wet wel een algemene wettelijke regeling, maar geen (specifieke) wettelijke grondslag in de hier bedoelde zin.

Men zou wellicht kunnen denken dat met de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb (1998) de vraag naar de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel grotendeels achterhaald is.<sup>29</sup> Immers, in deze tranche wordt voor veel overheidshandelen een wettelijke grondslag verlangd in gevallen waarin dat daarvoor niet vereist was. Toch is dat een ietwat ongenueanceerde voorstelling van zaken. Ik zou menen – met de Raad van State, zie de inleiding – dat die vraag heden ten dage nog wel degelijk relevant is. De recente jurisprudentie geeft daar ook blijk van. Wel heeft de komst van de regels in de Awb deze

vraag ten dele verder aangescherpt, waardoor de vraag naar het karakter van de wettelijke grondslag meer in de schijnwerpers is komen te staan.

In het licht van het legaliteitsbeginsel verdient het al met al de voorkeur als een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke grondslag voorhanden is. Dit geldt in ieder geval indien eenzijdig verplichtingen worden opgelegd. Allerlei bestuursbevoegdheden worden echter – al dan niet impliciet – uit wettelijke grondslagen afgeleid. Het verschijnsel van de geïmpliceerde bevoegdheden laat ruimte voor een uitzondering op dit uitgangspunt, zoals hierna uitvoerig aan de orde zal komen.

#### 4. Beschikkingsvoorschriften

Een van de meer ingrijpende manieren om de rechtspositie van de burger te beïnvloeden, is door het verbinden van voorschriften aan beschikkingen. Wettelijke regels laten het bestuur nogal eens de ruimte om op het concrete geval toegesneden beschikkingsvoorschriften op te nemen; een specifieke grondslag voor die voorschriften is dan echter niet voorhanden. Een dergelijke grondslag is vaak niet goed mogelijk, omdat niet te voorzien is hoe de beschikkingsvoorschriften precies zouden moeten luiden. Een dergelijke wettelijke grondslag laat ook weinig ruimte voor maatwerk bij de beschikkingverlening. De bevoegdheid tot het verbinden van dit soort voorschriften wordt wel geïmpliceerd geacht in de bevoegdheid om de beschikking zelf te nemen. Het opmerkelijke is echter dat de staats- en bestuursrechtelijke doctrine juist veel moeite heeft met de legitimatie van dit soort voorschriften. Er zijn drie soorten onderbouwingen te geven.

De bevoegdheid om voorschriften aan beschikkingen te verbinden wordt van oudsher wel gevestigd met behulp van het klassieke adagium van Van der Pot: 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere'. De bevoegdheid om voorschriften aan de vergunning te verbinden wordt in deze redenering gebaseerd op de verderstrekkende bevoegdheid om de vergunning te weigeren. Op dit uitgangspunt wordt een drietal beperkingen aangebracht. Ten eerste geldt het alleen indien er beleidsvrijheid is; voor sterk gebonden bevoegdheden gaat het niet op, omdat die beschikkingen ook slechts op zeer bepaalde gronden mogen worden geweigerd. Ten tweede mogen de voorschriften slechts strekken tot bescherming van het belang waarvoor het vereiste van een beschikking is gesteld. Tenslotte geldt het adagium

27. Subsidiewetgeving bestaat dan ook hoofdzakelijk uit kaderwetgeving, van materiële normstelling is nauwelijks sprake. W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt?* diss. Leiden, Deventer 2002, p. 201 trekt hier tegen ten strijde.

28. Den Ouden, a.w., p. 195 leidt uit de parlementaire geschiedenis af dat voor on-

eigenlijke subsidieverplichtingen een specifieke grondslag is vereist. De Commissie Boukema overweegt evenwel dat de wetgever hier niet heeft bedoeld verdergaande eisen te stellen dan in het algemeen aan een bevoegdheidsgrondslag worden gesteld; zij stelt daarom een aanscherping van de huidige tekst voor, zie: Commissie Evaluatie Awb II,

*Algemeen bestuursrecht 2001: toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1997-2001*, Den Haag 2002, p. 50.

29. Vgl. W. Voermans, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, derde druk, Deventer 2000, p. 395.

alleen voor beschikkingen die iets toestaan wat daaronder verboden is (vergunning, ontheffing e.d.). De bevoegdheid om toestemming te geven behelst de bevoegdheid deze toestemming ook te mogen weigeren; eerst in de weigeringsbevoegdheid ligt de bevoegdheid besloten om voorschriften te stellen. In de literatuur wordt – met name door Donner en, vermoedelijk in navolging van hem, door vele anderen – aan deze beperkingen nogal eens voorbijgegaan.<sup>30</sup>

Een tweede redenering neemt de strekking van de wet tot uitgangspunt. Het minder aantrekkelijke van deze redenering is dat zij geen rechtvaardiging biedt waarom voorschriften mogen worden opgenomen, tenzij deze voorschriften een eigen specifieke grondslag hebben. Uit deze redenering volgt eigenlijk vooral dat als het bestuur in beginsel bevoegd is, deze bevoegdheid niet voor een ander doel mag worden gebruikt dan waarvoor zij is verleend (artikel 3:3 Awb: verbod van *détournement de pouvoir*).

Een derde redenering gaat ervan uit dat voorschriften aan een beschikking mogen worden verbonden indien de betrokkene met deze voorschriften instemt. In deze gedachtegang brengt de aanvaarding van de beschikking een overeenkomst tot stand. Van belang is dat de aanvaarding tot op zekere hoogte vrijwillig geschiedt – hetgeen onder meer goed kan indien er afdoende alternatieven denkbaar zijn – en dat de belangen van derden niet worden geschaad.

Volledigheidshalve zij benadrukt dat voor alle drie de redeneringen geldt dat, indien het bestuursorgaan in beginsel bevoegd is het voorschrift aan de beschikking te verbinden, de toepassing van dit voorschrift niet in strijd mag komen met het (overige) geschreven en ongeschreven recht. Vooral het al genoemde verbod van *détournement de pouvoir* is hierbij van belang. De voorschriften dienen binnen de doelstelling en de strekking van de wettelijke bevoegdheid te blijven. Moet het mogelijk zijn om ook voorschriften aan de beschikking te verbinden die niet strekken tot het doel waarvoor de beschikking is gegeven – de zogeheten oneigenlijke voorschriften –, dan is daarvoor wel een wettelijke grondslag nodig. Artikel 4:39 Awb biedt een voorbeeld ten aanzien van subsidies. Men kan zich afvragen of dit artikel niet op gespannen voet staat met het verbod van *détournement de pouvoir*.<sup>31</sup> Voor financiële voorschriften zijn de eisen iets verder uitgekristalliseerd. De rechter vereist niet alleen dat een

rechtstreekse bijdrage wordt geleverd aan het doel van de wet, voorts is vereist dat het algemeen belang tot het heffen van een geldbedrag noopt en dat uit een oogpunt van rechtsbescherming niet een andere meer aanvaardbare mogelijkheid aanwezig is om een tegemoetkoming of compensatie te verlangen.<sup>32</sup>

De drie rechtvaardigingen sluiten elkaar niet uit. Maar vooral in het geval dat de meerdere-mindere redenering niet van toepassing is – en dat is gezien de genoemde beperkingen nogal eens het geval – kan het contractmodel een goede rechtvaardiging bieden. Ik heb een zekere behoefte dit model onder de aandacht te brengen, aangezien deze rechtvaardiging in de literatuur nogal eens wordt veronachtzaamd. Vanwege het consensuele karakter van subsidies zou men wellicht verwachten dat dit model vooral voor subsidieverplichtingen een goede rechtvaardiging kan bieden, maar het opmerkelijke is dat het onlangs in het milieurecht nogal wat aandacht heeft gekregen. Het betreft de vergunning op hoofdzaken. Dit is een milieuvergunning waarbij het bedrijf veel ruimte wordt gelaten in de keuze van de middelen om milieubelasting te voorkomen of te beperken, in het doorvoeren van bedrijfsveranderingen en in het stellen van prioriteiten. Mag in deze vergunning de verplichting worden opgenomen om jaarlijks een verslag op te stellen dat aan bepaalde eisen voldoet, het milieujaarverslag? Daaraan is grote behoefte, gezien de afstand tussen het bevoegde gezag en de vergunninghouder en de keuzemogelijkheden die hem worden geboden. Voor deze verplichting ontbreekt een wettelijke grondslag. In de literatuur wordt aangenomen dat het bevoegde gezag dit voorschrift mag opnemen, mits de vergunninghouder met dit voorschrift instemt.<sup>33</sup> De rechtvaardiging wordt gevonden in de vrijwillige aanvaarding; de betrokkene kan ook opteren voor een gewone milieuvergunning.

## 5. Geïmpliceerde bevoegdheden

Naast de bevoegdheid om voorschriften aan beschikkingen te verbinden zijn er nog veel meer geïmpliceerde bevoegdheden te noemen. De plaats, rol en functie van geïmpliceerde bevoegdheden krijgt in het staats- en bestuursrecht betrekkelijk weinig aandacht.<sup>34</sup> Dat valt wellicht te verklaren uit het feit dat het streven er bij velen op is gericht voor iedere bestuursbevoegdheid een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te hebben. In zo'n benadering komt men nauwelijks toe aan het nadenken over geïmpliceerde bevoegdheden.

30. Zie *De verplichting verankerd*, a.w., p. 333 e.v. Een positieve uitzondering vormt Den Ouden, a.w., p. 177 e.v.

31. Den Ouden, a.w., p. 136 en p. 270.

32. ARRvS 30 augustus 1985, AB 1986, 243 m.nt. D.A. Lubach en ABRvS 1 februari 1995, Gst. 7013, 8 m.nt. C.P.J. Goorden.

33. R. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg*

en bedrijven, diss. KUB, Deventer 2000, p. 229, 230 en A.J.C. de Moor-van Vugt, *Toezicht achter matglas*, oratie KUB, Deventer 2001, p. 22.

34. Dit is anders in het communautair recht, zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, 5e druk Deventer 1995, p. 151. Zie

voor het strafprocesrecht: G. Knigge en N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer 2001, p. 125 e.v., i.h.b. p. 328 e.v.

Het bestuursrecht kent nogal wat geïmpliceerde bevoegdheden. Hier volgt een vrij uitvoerig – maar zeker niet volledig – overzicht van de belangrijkste soorten geïmpliceerde bevoegdheden. Dan zal blijken dat de ‘nieuwe’ geïmpliceerde bevoegdheden als het zelfstandig schadebesluit en het terugvorderingsbesluit in dit opzicht geen vreemde eend in de bijt zijn.

De bevoegdheid een begunstigende beschikking in te trekken wordt, wanneer de wet daarvoor geen uitdrukkelijke bevoegdheid verschaft, als een bevoegdheid beschouwd die is geïmpliceerd in de bevoegdheid om de beschikking te geven. Wel is het zaak dat de originele bevoegdheid voldoende beleidsruimte voor de intrekking laat. Bij een zeer gebonden bevoegdheid zal er derhalve geen plaats zijn voor intrekking zonder wettelijke grondslag, tenzij de grond die ook aanleiding zou geven voor weigering zich voordoet. Relevant is om welke reden de beschikking wordt ingetrokken. Een beschikking kan worden ingetrokken omdat er een beleidswijziging plaatsvindt, omdat zij op grond van onjuiste informatie tot stand is gekomen, dan wel bij wijze van sanctie. Voorzover de intrekking geschiedt met een punitief oogmerk, dient zij een specifieke wettelijke grondslag te hebben. Geschiedt de intrekking echter als herstelsanctie of om een van de andere genoemde redenen, dan kan de intrekkingsbevoegdheid in de bevoegdheid om de beschikking te verlenen geïmpliceerd worden geacht. Het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties is niet altijd gemakkelijk te maken, ik kom daarop terug bij de bespreking van de handhavingsbevoegdheden.

Hetgeen geldt voor de bevoegdheid tot intrekking gaat in principe ook op voor de bevoegdheid tot wijziging van een beschikking. Ook de bevoegdheid tot wijziging is in beginsel te beschouwen als een geïmpliceerde bevoegdheid, tenzij de wet een uitdrukkelijke bevoegdheid heeft verschaft.

Een bekende geïmpliceerde bevoegdheid is ook de bevoegdheid om *beleidsregels* vast te stellen.<sup>35</sup> De bevoegdheid tot beleidsregelgeving is gegeven met de toekenning van de bestuursbevoegdheid waarop de beleidsregels betrekking hebben. Dit wordt ook tot uitdrukking gebracht door artikel 4:81 Awb. Ook is een bestuursorgaan bevoegd *toezeggingen* en andere, meer of minder bindende, uitlatingen te doen over het gebruik van de aan hem toegekende bestuursbevoegdheden; te denken valt ook aan de, de laatste jaren sterk in de belangstelling staande, bestuurlijke *rechtsoordelen*. Ook deze bevoegdheid is inherent aan de oorspronkelijk toegekende bevoegdheid. Dit ligt, zo bezien, ook niet anders voor de bevoegdheid over het gebruik van publiekrechtelijke

bevoegdheden *overeenkomsten* te sluiten (zogenoeten bevoegdheidsovereenkomsten).

Voorts is de bevoegdheid tot toekenning van *nadeelcompensatie* aan te merken als een geïmpliceerde bevoegdheid, althans voorzover de wet deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk toekent. Een bestuursorgaan dient bij de uitoefening van de hem toegekende bevoegdheid een belangenafweging te maken. De nadelige gevolgen van een besluit mogen voor de belanghebbenden ingevolge artikel 3:4 lid 2 Awb niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De eventuele onevenredigheid kan worden weggenomen door nadeelcompensatie toe te kennen; dit kan gebeuren in de vorm van een onzuiver schadebesluit, noodzakelijk is dat overigens niet.

Ook de bevoegdheid tot toepassing van *bestuursdwang* werd vroeger geïmpliceerd geacht in de (oorspronkelijke) bestuursbevoegdheid. Een aparte wettelijke grondslag die het bestuursorgaan bevoegd maakte tot bestuursdwang werd niet noodzakelijk geacht, omdat de toepassing van bestuursdwang werd gezien als een onderdeel van de uitvoeringstaak van het bestuursorgaan. De bevoegdheid tot handhaving door middel van bestuursdwang heette inherent te zijn aan de bestuursbevoegdheid.<sup>36</sup> Vooral voor de centrale overheid was het tot aan de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb niet helemaal vanzelfsprekend dat er voor het optreden met bestuursdwang een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheidsgrondslag moest zijn. Artikel 5:22 Awb heeft aan de geïmpliceerde bevoegdheid ter zake van bestuursdwang een einde gemaakt: de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang bestaat slechts indien zij bij of krachtens de wet is toegekend.

Volledigheidshalve zij vermeld dat ook het *feitelijk* overheidsoptreden wel als ‘geïmpliceerde bevoegdheid’ wordt aangemerkt.<sup>37</sup> Gedoeld wordt dan op de feitelijke handelingen, zowel die ter voorbereiding als die ter uitoefening van een bepaalde bevoegdheid. Eigenlijk is dit vanzelfsprekend. De theorie wenst immers alleen een grondslag voor publiekrechtelijke rechtshandelingen. De toepassing van bestuursdwang is van feitelijke aard. Ook de vaststelling van beleidsregels werd tot voor kort overigens als feitelijk bestuursoptreden gezien. De derde tranche van de Awb brengt hier verandering in aan. Artikel 1:3 lid 4 Awb merkt ook beleidsregels aan als rechtshandelingen. Daarmee is voor deze figuur tot op zekere hoogte ook de vanzelfsprekendheid omtrent het feitelijke karakter – en derhalve van de geïmpliceerde bevoegdheidsgrondslag – verdwenen.

Iets soortgelijks geldt voor bestuurlijke *betalingshandelingen*. Betalingshandelingen zijn in de regel aan te merken als feitelijke uitvoeringshandelingen. (De

35. J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen, Deventer 1983, p. 53.

36. F.C.M.A. Michiels, in: *Handhaving van*

*het bestuursrecht*, preadvies VAR 1995, p. 55 en 105.

37. Zie: B.van der Meulen, ‘De normering

van het feitelijk handelen der overheid’, *NTB* 1991, p. 267 e.v.



beslissing waardoor de betalingsverplichting ontstaat is uiteraard wel een rechtshandeling.) De bevoegdheid om de betalingshandelingen te verrichten vloeit voort uit de betalingsbeschikking; men kan ook zeggen dat zij daarin geïmpliceerd is. Naast de daadwerkelijke uitbetaling valt bij deze geïmpliceerde bevoegdheden ook te denken aan meer speciale bevoegdheden als het verlenen van uitstel van betaling en de verlening van een voorschot. Déze uitvoeringshandelingen hebben weliswaar het karakter van een rechtshandeling, maar dat maakt de bevoegdheden niet minder inherent.<sup>38</sup> Met de regeling inzake bestuursrechtelijke geldschulden van het voorontwerp voor een vierde tranche van de Awb verdwijnt het geïmpliceerde karakter van deze betalingshandelingen naar de achtergrond, aangezien de Awb hen als zodanig benoemt.

Ook de bevoegdheid tot verstrekking van *subsidies* werd (tot aan de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb) soms wel als een geïmpliceerde bevoegdheid beschouwd, wanneer een uitdrukkelijke subsidieregeling ontbrak.<sup>39</sup> Deze bevoegdheid werd dan geïmpliceerd geacht in de algemene bestuurstaak. Subsidieverstrekking wijkt iets af van de tot nu toe besproken geïmpliceerde bevoegdheden: het gaat hier om iets wat de overheid altijd al mocht op grond van het *privaatrecht*. Die bevoegdheid is getransformeerd tot een publiekrechtelijke bevoegdheid. Dat komt wel meer voor: de 'nieuwe' geïmpliceerde bevoegdheden – de bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding en terugvordering (waarover in de volgende paragraaf meer) – werden immers ook sinds jaar en dag als privaatrechtelijk beschouwd en zelfs de bovengenoemde bevoegdheid om bevoegdhedenovereenkomsten te sluiten wordt in de literatuur wel als privaatrechtelijk aangemerkt.<sup>40</sup> Aldus wordt de bevoegdheid om subsidiebeschikkingen te geven op dezelfde manier beschouwd als thans de bevoegdheid tot toekenning van schadevergoeding en terugvordering. De Awb heeft echter goeddeels een einde gemaakt aan de bevoegdheid tot subsidieverstrekking als geïmpliceerde bevoegdheid. Artikel 4:23 Awb bepaalt dat, enkele uitzonderingen daargelaten, subsidieverstrekking slechts plaatsvindt op grond van een wettelijk voorschrift.

Geïmpliceerde bevoegdheden hebben al met al deels een feitelijk karakter (beleidsregels, bestuursdwang, betalingshandelingen), deels werd hier

vroeger – bij gebreke aan een andere grondslag – een privaatrechtelijk karakter aan toegekend (subsidies, schadevergoeding en overeenkomsten) en deels hebben zij van oudsher al het karakter van een bestuursrechtelijke rechtshandeling (intrekken en wijzigen, voorschriften en voorwaarden).

Bovenstaand overzicht doet vermoeden dat geïmpliceerde bevoegdheden dikwijls een niet al te lang leven is beschoren. De bevoegdheden om subsidies te verstrekken en bestuursdwang toe te passen zijn niet meer geïmpliceerd omdat de Awb daarvoor nu een uitdrukkelijke wettelijke grondslag vereist, enige uitzonderingen bij subsidies daargelaten. Voor de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen wordt weliswaar – dat kan naar haar aard niet anders – geen specifieke wettelijke grondslag vereist, maar de Awb bevat er wel een algemene bevoegdheidsgrondslag voor. Hetzelfde geldt met de vierde tranche voor bepaalde handelingen ter uitvoering van een betalingsbeschikking.

Wie het verleden een beetje kent, vindt het niet zo moeilijk een voorzichtige voorspelling voor de toekomst te doen. De intrekking en wijziging van beschikkingen staat al jaren op de agenda van de Awb. Derhalve zal ook voor dit onderwerp de benadering van de geïmpliceerde bevoegdheid haar betekenis wel grotendeels verliezen. Ditzelfde geldt voor schadevergoeding (met inbegrip van nadeelcompensatie) en overeenkomsten. Ook deze onderwerpen worden genoemd voor de vijfde tranche van de Awb.<sup>41</sup> De conclusie moet dan ook zijn dat in het bestuursrecht op vrij grote schaal geïmpliceerde bevoegdheden zijn te onderkennen. De verwachting is evenwel gerechtvaardigd dat afzonderlijke soorten geïmpliceerde bevoegdheden doorgaans slechts een kort leven is gegund, nu de neiging bestaat van de wetgever te verlangen daarvoor een voorziening te treffen.

Zoals gezegd, doemen inmiddels in de jurisprudentie weer nieuwe geïmpliceerde bevoegdheden op. Te weten op het gebied van de schadevergoeding en terugvordering. Bij deze jurisprudentie spelen echter ook de rechtsbeginselen een bijzondere rol.

## 6. Zelfstandige bevoegdheden?

Kunnen rechtsbeginselen bevoegdheden scheppen? Op het eerste gezicht is dit een eenvoudige vraag, die kortweg ontkennend kan worden beantwoord.

38. Voorzover een voorschot een aanspraak geeft op *eerdere* betaling dan anders het geval zou zijn, is de verlening op rechtsgevolg gericht. In de Awb wordt de verlening van een voorschot als een beschikking aangemerkt. De Afdeling merkt de verlening van een voorschot echter niet als een rechtshandeling aan, men zie: ABRvS 1 augustus 2001, AB

2001, 325 m.nt. NV.

39. Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 10e druk Den Haag 1997, p. 148. In de 11e druk wordt hierop niet meer gewezen.

40. Op grond van de veronderstelling dat het sluiten van overeenkomsten altijd iets privaatrechtelijks is. Beter lijkt het mij te zeg-

gen dat het sluiten van overeenkomsten een algemeenrechtelijke bevoegdheid is. Evenzo m.n.: D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, diss. Groningen, Deventer 1982, p. 273 en M.J. Jacobs, *Subsidievereenkomsten*, diss. VU, Den Haag 1999, p. 220.

41. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 800 VI, nr. 7, p. 7 e.v.

Rechtsbeginselen hebben in het publiekrecht louter een normerende werking. In concreto komt de normerende werking neer op een corrigerende of een aanvullende werking op reeds bestaande bevoegdheden. Onder bijzondere omstandigheden kunnen rechtsbeginselen zelfs contra legem werken; het vermogen om zelfstandig bevoegdheden te scheppen hebben zij in principe echter niet. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak lijkt echter een ander licht op deze vraag te werpen, zodat hieraan toch wat meer aandacht moet worden besteed.<sup>42</sup>

De Afdeling is bereid een besluit in de zin van de Awb op een rechtsbeginsel te baseren, indien het een publiekrechtelijk rechtsbeginsel betreft. De Afdeling zegt letterlijk dat de bevoegdheid tot het nemen van de beslissing op het rechtsbeginsel 'berust'. Dat hieruit wordt afgeleid dat de Afdeling een bevoegdheid op een rechtsbeginsel baseert, is dus zeer begrijpelijk. De bewoordingen geven daartoe immers alle aanleiding.

Het behoeft in het licht van het vooraangaande geen verwondering dat de jurisprudentie van de Afdeling tot felle kritiek heeft geleid. Met name Kortmann heeft zich hiervan tot de vertolker gemaakt:

*'Hoe komt de Afdeling erbij dat rechtsbeginselen bevoegdheden (kunnen) scheppen? Zij kunnen wel verplichtingen creëren. Als rechtsbeginselen bevoegdheidsscheppend kunnen zijn, is de beer los.'*<sup>43</sup>

En, in reactie op degenen die menen dat het allemaal wel meevalt:

*'De totalitaire staat is in het laatste geval dichtbij.'*<sup>44</sup>

Essentieel is echter dat de Afdeling het rechtsbeginsel alleen hanteert in het kader van de uitoefening van een reeds bestaande publiekrechtelijke bevoegdheid. De Afdeling overweegt:

*'Dit rechtsbeginsel is publiekrechtelijk van aard indien het zijn werking doet voelen in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.'*

Deze laatste woorden zijn buitengewoon belangrijk. Onvoldoende is dat er slechts een rechtsbeginsel voorhanden is om de bevoegdheid op te baseren. Ook is vereist dat er al een publiekrechtelijke rechts-

verhouding is. De bevoegdheid tot schadevergoeding, terugvordering enz. wordt geplaatst in het kader van een andere bevoegdheid. Daarmee zijn we dus opnieuw – men zie de vorige paragraaf – geïmpliceerde bevoegdheden op het spoor. Nieuw is hier dat een rechtsbeginsel aangeeft welke bevoegdheid geïmpliceerd is. Het rechtsbeginsel is in zoverre maatgevend, dat het inzichtelijk maakt welke inherente bevoegdheid kan worden afgeleid. Men kan zeggen dat de inherente bevoegdheid een accessoir karakter heeft. Maar uit de beginselen kan dus niet zelfstandig een bevoegdheid worden afgeleid. Nodig is ook steeds een originele bevoegdheid.<sup>45</sup> Het gaat hier om wat wel de materiële connexiteit wordt genoemd.

Ter vermijding van misverstanden zij erop gewezen dat het rechtsbeginsel niet van belang is voor de zogeheten processuele connexiteit. Om een zelfstandige beslissing inzake een verzoek om schadevergoeding aan te merken als een besluit, acht de Afdeling, zoals gezegd, voldoende dat er sprake is van een publiekrechtelijk rechtsbeginsel en een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Daarmee is nog niet gezegd dat dit besluit appellabel is. Teneinde tegen dit besluit beroep in te kunnen stellen bij de bestuursrechter, is bovendien vereist dat de bestuursrechter ook bevoegd is te oordelen over het originele besluit.

Aangezien het rechtsbeginsel geen zelfstandige grondslag vormt maar een aanvullende, is de koers van de Afdeling in het licht van het legaliteitsbeginsel zeker wel aanvaardbaar te noemen.<sup>46</sup> Ten opzichte van de hiervoor genoemde, andere geïmpliceerde bevoegdheden is het voordeel van deze constructie dat het beginsel een rechtvaardiging biedt voor het afleiden van inherente bevoegdheden. Alleen van de bevoegdheden om voorschriften aan beschikkingen te verbinden, zijn in de doctrine ook rechtvaardigingen gegeven.

De originele bevoegdheid dient op een specifieke wettelijke grondslag te berusten, in ieder geval indien zij een verplichtend karakter heeft, maar een uitzondering daarop is denkbaar indien de originele bevoegdheid tevens accessoir is aan een andere originele bevoegdheid. Hele ketens van bevoegdheden zijn denkbaar. Met name in financiële verhoudingen komt dit soort ketens voor. Bijvoorbeeld de wettelijke bevoegdheid om een subsidie te verstrekken impliceert de bevoegdheid om dit besluit onder bepaalde voorwaarden in te trekken en deze bevoegdheid

42. O.a. ABRvS 21 oktober 1996, AB 1996, 496 m.nt. NV en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB.

43. C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 1327, 1328. Met reacties van Th.G. Drupsteen, K. Frieling en B.A.W. ten Holder, *NJB* 1997, p. 1596-1599. Waaroer ook J.H. Nieuwenhuis,

'Vechten met de beer? De strijd om het legaliteitsbeginsel', *RMThemis* 1997, p. 351, 352.

44. C.A.J.M. Kortmann, 'De vliegende grondwet', *NJB* 1997, p. 1599.

45. Vgl.: F.J. van Ommeren, 'Op weg naar publiekrechtelijk vermogensrecht', *NTBR* 1998, p. 119; J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* diss. UvA, Deventer 1999, p. 74; M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het*

*bestuursprocesrecht*, 7e druk Deventer 2001, p. 40.

46. Niettemin valt te verwachten dat de Afdeling terughoudend zal zijn met het aanvaarden van veel andere beginselen met deze functie; zie Van Ommeren, a.w. 1998, p. 118, 119.

impliceert de bevoegdheid om de subsidiegelden terug te vorderen. Het is, op de keper beschouwd, in het licht van het legaliteitsbeginsel niet nodig om in het publiekrecht voor al dit soort bevoegdheden een aparte wettelijke grondslag te scheppen.

Men zou de theorie van de geïmpliceerde bevoegdheden nog wat kunnen aankleden door te spreken van twee bevoegdheidsgrondslagen, een formele en een materiële. Met name in de 'Limburgse school' hanteren sommigen deze terminologie.<sup>47</sup> Begrijp ik het goed, dan wordt met de formele grondslag de originele bevoegdheid bedoeld, waarin andere bevoegdheden geïmpliceerd kunnen zijn. Naast de formele grondslag is er een 'grondslag' die aangeeft om welk soort geïmpliceerde bevoegdheid het gaat. Die materiële grondslag houdt een rechtsbeginsel in. Ik ben echter enigszins huiverig de materiële norm 'grondslag' te noemen, omdat, zoals bleek, die term gemakkelijk verkeerd kan worden begrepen.<sup>48</sup>

## 7. Een wettelijke grondslag voor de terugvordering van subsidies

Zoals gezegd, lijken geïmpliceerde bevoegdheden geen lang leven gegund. Voor de terugvordering van te veel betaalde subsidies wordt in het voorontwerp van een vierde tranche van de Awb een wettelijke grondslag gecreëerd. Artikel 4:57, eerste lid, luidt: 'Het bestuursorgaan kan teveel betaalde subsidiebedragen terugvorderen.'<sup>49</sup> De vraag is nu in hoeverre deze wettelijke grondslag beantwoordt aan de indringende kritiek die op de in de vorige paragraaf besproken jurisprudentie is geuit. Welke toegevoegde waarde heeft deze bepaling in het licht van het legaliteitsbeginsel? Formeel komt zij uiteraard daaraan volledig tegemoet. De rechtsstaat is gered. Maar wat betekent dit nu?

In het licht van de doeleinden van het legaliteitsbeginsel lijkt mij de toegevoegde waarde hier uitermate gering. Het legaliteitsbeginsel dient er primair toe een waarborg te vormen tegen ongeoorloofde inbreuken op de rechtspositie van de betrokkene. Een belangrijk oogmerk van het legaliteitsbeginsel is voorts het bewerkstelligen van rechtszekerheid en -gelijkheid. Met of zonder dit artikel wijzigt de kans dat de overheid gaat terugvorderen en daartoe bevoegd is in het geheel niet. Voor de rechtsgelijkheid geldt hetzelfde. Deze waarborg was echter op het ni-

veau van de formele wet al gegeven met de toekenning van de bevoegdheid tot terugvordering in het BW. De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk overwogen dat artikel 6:203 BW (onverschuldigde betaling) geldt voor het gehele recht, hetgeen met zich brengt dat dit voorschrift ook dient te worden toegepast op betalingen van publiekrechtelijke aard, voorzover uit de wet niet het tegendeel voortvloeit.<sup>50</sup> Men kan deze kwestie ook nog iets anders benaderen en zeggen dat hier sprake is van transformatie van een privaatrechtelijke bevoegdheid in een publiekrechtelijke; maar ook in deze benadering wordt er niet echt een nieuwe bevoegdheid gecreëerd, en is de wettelijke waarborg reeds met het BW gerealiseerd.

Om dezelfde reden is ook voor het democratische gehalte van het bestuursoptreden de toegevoegde waarde van dit artikel buitengewoon gering. Relevant is hier of de wetgever bij de totstandkoming van het nieuwe BW zich ervan bewust was dat de bevoegdheid tot terugvordering ook op publiekrechtelijke betalingen kon worden toegepast. Het antwoord hierop moet bevestigend luiden. Bij de bespreking van de verhouding tussen privaatrecht en bestuursrecht heeft men zich wel degelijk gerealiseerd dat de verbintenissen van het BW ook in het bestuursrecht van toepassing kunnen zijn; de regering heeft daarbij in het bijzonder ook gewezen op de bepalingen inzake onverschuldigde betaling.<sup>51</sup> Dat geldt niet alleen voor deze bevoegdheid, maar bijvoorbeeld ook voor de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten of voor de actie uit onrechtmatige daad.

Is de nieuwe bepaling dan zonder waarde? Dat zou ik zeker niet denken. De zin is gelegen in het feit dat de bestuursrechter door de wettelijke grondslag zich niet meer van de bijzondere constructie hoeft te bedienen, die hij voor dit soort 'buitenwettelijke' besluiten pleegt te hanteren, teneinde zich bevoegd te achten tot kennisneming van beroepen tegen dit soort besluiten. Maar omdat het artikel reeds een meer algemeen gestelde pendant in het BW heeft, is in het licht van het legaliteitsbeginsel bezien de toegevoegde waarde niet groot. Het artikel is een goede manier om te reageren op de geuite kritiek op de jurisprudentie. Een belangrijke functie van dit artikel is voorts dat het in het tweede lid het bestuursorgaan de bevoegdheid verschaft het terug te vorderen bedrag bij dwangbevel in te vorderen.

47. M.n. H.J. Simon, 'De magische lijn en Windmill revisited', *NJB* 1998, p. 1670 en J.M.H.F. Teunissen, 'De autonomie van het bestuursrecht t.o.v. het privaatrecht', in: H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag 2001, p. 91 e.v.

48. Zie voor een uitvoerige bespreking van de literatuur: M.A. Heldeweg, 'Ongeschreven rechtsbeginselen en geïmpliceerde be-

voegdheden als opmaat voor een autonoom bestuursrecht?' in: H. Koning, E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag 2001, p. 11 e.v., i.h.b. p. 27-35.

49. Ik laat hier rusten dat ook het huidige artikel 4:57 Awb zo is uit te leggen dat het daarvoor reeds een grondslag biedt en dus op die grond een besluit had kunnen worden aangenomen, zie N. Verheij en H.G. Lubberdink, *Algemene wet bestuursrecht, derde*

*tranche*, Deventer 1996, p. 49 en Commissie algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp voor een vierde tranche van de Awb*, Den Haag 1999, p. 60.

50. HR 25 oktober 1991, *AB* 1992, 88 m.nt. FHvdB; *NJ* 1992, 299 m.nt. JBMV.

51. Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek (Invoering Boeken 3, 5 en 6), *Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer 1990, p. 1017.

De betekenis van het legaliteitsbeginsel in dezen wordt dus sterk gerelativeerd doordat deze Awb-bepaling een meer algemene soortgenoot in het BW heeft. Nu is dat iets dat voor vrijwel alle zelfstandig-besluitjurisprudentie geldt: de rechtsbeginselen gelden niet alleen in het bestuursrecht, maar zijn ook kenbaar als privaatrechtelijke bronnen van verbintenissen. Dat ligt overigens anders voor het publiekrechtelijke rechtsbeginsel van de *égalité devant les charges publiques* (gelijkheid voor de publieke lasten). Is het in dit verband bezwaarlijk dat dit beginsel niet is gecodificeerd? Ik waag dat te betwijfelen, te meer daar het een goed kenbaar beginsel is dat in de literatuur en de (recente) jurisprudentie breed wordt ondersteund. Ook hier blijft de waarde van het geïmpliceerde karakter van de bevoegdheid staan: het beginsel heeft een aanvullende, rechtvaardigende functie. Het is van toepassing in het kader van een rechtsverhouding die voortvloeit uit de uitoefening van een originaire bevoegdheid.

### 8. Handhavingsbevoegdheden

Met de beantwoording van de vraag in hoeverre voorschriften een wettelijke grondslag moeten hebben, is nog geen antwoord gegeven op de vraag in hoeverre de bevoegdheid om de naleving van de opgelegde voorschriften af te dwingen van een wettelijke grondslag moet zijn voorzien. Voor hen die ervan uitgaan dat al het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag moet berusten, lijkt het antwoord op het eerste gezicht eenvoudig: zo bezien dienen ook alle handhavingsbevoegdheden een wettelijke grondslag te hebben. Historisch gezien geeft deze benadering echter geen juiste voorstelling van zaken. Van oudsher werd de bevoegdheid om herstelsancties op te leggen – in het bijzonder: om bestuursdwang toe te passen –, immers geïmpliceerd geacht in de bevoegdheid om bindende voorschriften op te leggen.

Tegenwoordig kan dit laatste niet meer helemaal worden volgehouden. Wel komt het verschil tussen de normstelling en de handhaving tot uiting in de aard van de wettelijke grondslag. Voor de toekenning van een handhavingsbevoegdheid kan veelal worden volstaan met een ruime, algemene wettelijke grondslag, terwijl voor het opleggen van de te handhaven verplichting een specifieke grondslag wenselijk is. Alleen voor punitieve sancties dient de bevoegdheidsgrondslag specifiek te zijn.

Met betrekking tot de handhaving van de openbare orde is er van oudsher veel kritiek op de halfslachtige rol die het legaliteitsbeginsel hier zou spe-

len. In de literatuur wordt traditioneel fel van leer getrokken tegen het klassieke arrest van de Zeijense nachtbraker, een arrest dat wel van 'revolutionaire betekenis' is en wordt genoemd.<sup>52</sup> Deze kritiek houdt in dat de Politiewet – tegenwoordig artikel 2 Politiewet 1993 – onvoldoende grondslag biedt voor het handhavende optreden van de politie. Hoewel er zeker kritiek op het arrest is te uiten, vermag ik deze kritiek niet te delen.<sup>53</sup> Op het genoemde artikel is de taak tot daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde gebaseerd. De openbare orde maakt deel uit van de rechtsorde. Het artikel is algemeen en taakstellend van aard en kent niet direct bevoegdheden toe. Het probleem met dit arrest is mijns inziens niet de grondslag van de bevoegdheid tot handhaving, zoals doorgaans wordt beweerd, maar de bevoegdheid tot normstelling. Welke norm schreef hier voor dat het niet is toegestaan in het openbaar te schreeuwen en te tieren? Dronken was de nachtbraker niet. Mijn bezwaar tegen dit arrest is niet de bevoegdheid van de politie om de openbare orde te handhaven, maar het ontbreken van een wetsbepaling die te handhaven valt. Dat is meer in het algemeen het probleem met de inhoud van de openbare orde: wat moet daaronder precies worden verstaan en waaruit blijkt dat?<sup>54</sup> Het is opmerkelijk dat de uitleg van dit arrest in de doctrine vrijwel steeds langs de kern van de zaak gaat.<sup>55</sup> De bevoegdheid tot handhaving van de openbare orde heeft een tweeledige oorsprong. Van oudsher moet zij in de bevoegdheid tot normstelling geïmpliceerd worden geacht. Daarenboven is een algemene, organisatorische wetsbepaling voldoende om aan te geven aan welke instantie binnen het overheidsapparaat de bevoegdheid tot handhaving toekomt.<sup>56</sup>

Deze tweeledige structuur zien we tegenwoordig ook bij herstelsancties als de toepassing van bestuursdwang en het opleggen van een last onder een bestuurlijke dwangsom. De Awb vereist voor de bevoegdheid om deze sancties op te leggen een wettelijke grondslag (art. 5:22 jo. 5:32; vgl. ook artikel 5.0.4 voorontwerp vierde tranche). Voldoende is een algemene wetsbepaling. Dat niet-specifieke karakter is mijns inziens niet problematisch, zolang de te handhaven verplichting maar een specifieke grondslag heeft. Een ruime grondslag is ook niet bezwaarlijk, omdat de handhavingsbevoegdheid mede in de bevoegdheid tot normstelling geïmpliceerd kan worden geacht, wat niet wegneemt dat als de te handhaven norm een open karakter heeft, er problemen kunnen rijzen (bijvoorbeeld bij de handhaving van zorgplichtbepalingen).

52. HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 86 m.nt. BVAR.

53. Zie meer uitvoerig: *De verplichting veran-kerd*, a.w., p. 134 e.v.

54. Vgl. M.A.D.W. de Jong, *Orde in bewe-ging*, diss. UU, Deventer 2000, p. 16 e.v.

55. Een uitzondering vormt: H.Ph.J.A.M. Hennekens, *De handhaving van de openbare orde in de gemeente*, preadvies NJV 1985, deel 1, tweede stuk, Zwolle 1985, p. 52 e.v.

56. Ook artikel 12 Politiewet 1993 dat de politie voor de handhaving van de openbare

orde in een gemeente onder het gezag van de burgemeester plaatst, heeft een organisato-risch karakter. Zie ook H.Ph.J.A.M. Henne-kens, *Handhaving van de openbare orde. Taken en bevoegdheden van de burgemeester*, Den Haag 1990, p. 163.

Voor punitieve sancties gaat het voorgaande echter niet op. Zij beogen immers leed toe te brengen en gaan daarmee veel verder. De rechtvaardiging dat de bevoegdheid deels inherent is en dat daarom met een algemene bevoegdheidsverdelende bepaling kan worden volstaan, is hier niet van toepassing. Voor de bestuurlijke boete is (mijns inziens) dan ook een specifieke grondslag vereist waarin de sancties per gedraging zijn omschreven.

De intrekking van een begunstigende beschikking kan om verschillende redenen plaatsvinden, bijvoorbeeld vanwege een beleidswijziging of als sanctie. Wanneer zij als sanctie geschiedt, moet worden vastgesteld of de intrekking uit een oogpunt van herstel of om punitieve redenen plaatsvindt. Het in haar algemeenheid willen kwalificeren van de figuur van de intrekking van een begunstigende beschikking als reparatoire of punitieve sanctie, zoals in de literatuur wel gebeurt, houd ik voor een onmogelijke onderneming. Beide is namelijk mogelijk. Geschiedt de intrekking om een reparatoire reden dan is een wettelijke grondslag niet vereist<sup>57</sup> – de bevoegdheid is immers geïmpliceerd –, geschiedt zij uit een punitief oogpunt dan is een specifieke wettelijke grondslag vereist.

Niet altijd is even helder wanneer de intrekking van een begunstigende beschikking herstellend of punitief van aard is. Wanneer subsidie wordt verleend en na de definitieve vaststelling aan het licht komt dat de subsidieontvanger onjuiste gegevens heeft verleend zodat hij meer subsidie ontving dan waar hij aanspraak op kon maken, is het bestuur dan bevoegd de hele subsidie in te trekken? Of dient het bestuursorgaan – bij het ontbreken van een wettelijke grondslag daartoe – te volstaan met het intrekken en terugvorderen van het te veel betaalde? Naar het oordeel van de Afdeling moet het intrekken van de subsidiebeschikking als reparatoir worden bestempeld, dus ook voorzover de intrekking betrekking heeft op het gedeelte waar de subsidieontvanger recht op had.<sup>58</sup> De vraag rijst of dit correct is. Had de intrekking niet deels – namelijk voor het terecht toegekende deel – als punitief moeten worden aangemerkt? In dat geval was het bestuursorgaan niet bevoegd geweest ook dat gedeelte in te trekken. Op het eerste gezicht zal men wellicht geneigd zijn deze intrekking inderdaad deels als punitief aan te merken. Toch is er zeker wel iets voor het standpunt van de Afdeling te zeggen. Het lijkt mij van belang de *gehele* subsidieverhouding in ogenschouw te nemen en niet alleen de beschikking waarbij de subsidie wordt

verstrekt. In een subsidieverhouding kan mijns inziens de intrekking van de beschikking heel wel worden gezien als een herstel van de gehele situatie van voor aanvang van de verlening. Als de fraude reeds in de fase van de aanvraag zou zijn ontdekt, was het bestuursorgaan dan bevoegd geweest de subsidie op die grond geheel te weigeren? Of had het dan desondanks de subsidie voor het correcte deel moeten verlenen? De Awb bepaalt dat indien bij de aanvraag onvolledige of onjuiste gegevens zijn verstrekt, de subsidie kan worden geweigerd (art. 4:35, tweede lid, onderdeel a). Als het bestuursorgaan bevoegd is op die grond de subsidie geheel te weigeren, dan moet het op dezelfde grond bevoegd worden geacht de subsidie in haar geheel in te trekken; en is dus sprake van een reparatoire intrekking.<sup>59</sup>

De Aanwijzingen voor de regelgeving gaan overigens een stap verder. Zij eisen dat de gronden die kunnen of moeten leiden tot het intrekken van een beschikking in de wettelijke regeling worden gespecificeerd, ook als de intrekking bijvoorbeeld betrekking heeft op een onjuiste of onvolledige aanvraag (Aanwijzing 129 en 130 jo. 140 en 141). Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat deze Aanwijzingen het staande wetgevingsbeleid tot uitdrukking brengen en dus een rechtspolitiek karakter hebben (zie paragraaf 2). Wanneer een wettelijke grondslag ontbreekt, ofschoon de Aanwijzingen die wel verlangen, kan niet worden gezegd dat de intrekking daarom onrechtmatig heeft plaatsgevonden.

Al met al neigt de rechtsontwikkeling er steeds meer naar om ook voor herstelsancties een wettelijke grondslag te vereisen. Dit komt in het bijzonder tot uitdrukking in de derde en vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, waarin ook voor herstelsancties een wettelijke grondslag wordt vereist.<sup>60</sup> Van belang is echter wel om op te merken dat voor deze sancties een algemene wettelijke bevoegdheidsgrondslag voldoende is. Was de vraag in het verleden vooral of er wel of geen wettelijke grondslag was vereist, tegenwoordig is de relevante vraag ook hier vooral of met een algemene grondslag kan worden volstaan of dat een specifieke grondslag vereist is.

## 9. Codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet

De codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet loopt naar de letter over de band van de handhaving. Uit artikel 89 lid 2 Grondwet volgt dat in het algemeen enkel 'voorschriften, door straffen te handhaven' een wettelijke grondslag moeten heb-

57. CBB 6 april 1994, AB 1994, 529 m.nt. JHvdV en ABRvS 8 februari 2000, JB 2000, 91 m.nt. CLGFHA; AB 2001, 118 m.nt. LD.  
58. ABRvS 8 februari 2000, JB 2000, 91 m.nt. CLGFHA; AB 2001, 118 m.nt. LD. Waarover ook: L.J.A. Damen, 'Van algemene rechtsbeginselen en gemene rechtsleren',

in: H. Koning, E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag 2001, p. 57 e.v.

59. Gedacht kan ook worden aan reductie van de subsidievaststelling tot nihil, hetgeen materieel gezien uiteraard op hetzelfde neer komt.

60. Artikel 5.0.4. spreekt over 'een bestuurlijke sanctie', maar heeft ingevolge artikel 5.0.3 geen betrekking op de intrekking van begunstigende beschikkingen, tenzij deze bij bijzonder wettelijk voorschrift zouden zijn aangewezen.

ben.<sup>61</sup> Deze bepaling kent aan het legaliteitsbeginsel naar geldend recht een veel te beperkte reikwijdte toe. Moet het legaliteitsbeginsel niet vollediger worden gecodificeerd? Het is niet goed als de Grondwet structureel te veel achter blijft bij de gewone wetgeving of bij zeer vaste rechtspraak. Dat doet afbreuk aan de importantie en het gewicht van de Grondwet. Ik zou ervoor willen pleiten het legaliteitsbeginsel op drie punten in de Grondwet vast te leggen.

In de eerste plaats is het wenselijk in de Grondwet vast te leggen, dat niet alleen door straffen te handhaven voorschriften, maar ook door *bestuurlijke sancties* te handhaven voorschriften, van een wettelijke grondslag moeten zijn voorzien. Bij de algehele grondwetsherziening van 1983 achtte de regering dit niet nodig, omdat louter bestuursrechtelijk te handhaven voorschriften nauwelijks zouden voorkomen.<sup>62</sup> Voordeel van deze uitbreiding is evenwel dat een veel betere, zij het niet volledige, aansluiting plaatsvindt bij de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel zoals die uit de jurisprudentie is te kennen. Vrijwel alle verplichtingen moeten dan ook ingevolge de Grondwet op een wettelijke grondslag berusten. Het zijn immers de verplichtende voorschriften die door straffen of bestuurlijke sancties worden gehandhaafd. Niet voor niets spreekt de Awb in haar definitie van bestuursdwang over handhaving van 'bij of krachtens wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen' (art. 5:21). Tegen codificatie in de Grondwet zou kunnen worden ingebracht dat een dergelijke bepaling niet veel nieuws brengt, maar daartegen valt echter weer in te brengen dat dat nu juist aan codificatie eigen is. Vanwege haar bijzondere karakter is een wet als de Grondwet minder geschikt om nieuwigheden in op te nemen: primair modificerende bepalingen horen in de Grondwet eigenlijk niet thuis (tenzij men, maar dat is wel zeer theoretisch, het oog zou hebben op de inrichting van een nieuw staatsbestel). Reeds bij de grondwetswijziging van 1887 – toen het huidige artikel 89 lid 2 in de Grondwet kwam – was het oorspronkelijke voorstel om te bepalen dat ook voorschriften door bestuursdwang te handhaven op een wettelijke grondslag zouden moeten berusten. Uiteindelijk vond men dat toen nog te ver gaan, maar heden ten dage is dat niet meer serieus vol te houden.

Enigszins bezwaarlijk van dit voorstel is evenwel dat het niet volledig aansluit bij de jurisprudentie. Daaruit blijkt immers dat ook verplichtingen op overtreding waarvan geen strafrechtelijke of bestuur-

lijke sanctie is gesteld, een wettelijke grondslag moeten hebben. Uit wetgevingsoogpunt is de constructie van artikel 89 lid 2 Gw evenmin weinig fraai. In plaats van aan te grijpen bij de norm, wordt de sanctionering als aanknopingspunt genomen. De grondwetgever heeft hier een omweg gemaakt, die veelal wel effectief is, maar niet erg zuiver. Bezwaar van deze constructie is dat zij de indruk wekt dat normen rechtens verbindend zijn *vanwege* de sancties die op die overtreding ervan worden gesteld. Deze opvatting is theoretisch niet goed houdbaar.<sup>63</sup> Maar met name in de 19e eeuw had zij nog veel aanhangers. Het is derhalve niet zo verwonderlijk dat deze constructie indertijd in onze Grondwet terecht is gekomen.

Een alternatief zou zijn toch aan te knopen bij hetgeen moet worden geregeld – de normstelling zelf – en een materiële maatstaf in de Grondwet op te nemen. Te denken valt aan 'betrokkenen verplichtende voorschriften' of aan 'betrokkenen bindende voorschriften'. Wat betreft haar constructie spreekt dit meer aan, omdat de omweg via de sanctionering dan verwijderd is. Maar een nadeel van deze aanpak is dat we dan wel heel gemakkelijk in allerlei interpretatievragen vervallen. In de doctrine zijn daarover wel enige opvattingen te vinden, maar ik zou daaraan niet zoveel gewicht willen toekennen dat daarop voldoende draagvlak voor een grondwetswijziging kan worden gebaseerd. Want wat moet hier precies onder 'bindende' worden verstaan? Is die uitdrukking synoniem aan 'algemeen verbindend voorschrift'? De Awb geeft geen definitie van dit begrip. Duidelijk is dat niet ieder naar buiten werkend voorschrift daaraan moet voldoen, want dan zou de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel veel ruimer worden dan uit de jurisprudentie volgt. Vooralsnog acht ik dit alternatief geen haalbare kaart. Wat niet wegneemt dat ik een wettelijke definitie van het begrip algemeen verbindend voorschrift zou toejuichen, maar daarvoor lijkt mij de Awb de meest aangewezen plaats.

In de literatuur zijn wel andere, verdergaande codificaties van het legaliteitsbeginsel voorgesteld. Zo heeft Kortmann nog vrij recent betoogd dat het overweging verdient het legaliteitsbeginsel in de Grondwet te verankeren door daarin een wettelijke grondslag te vereisen voor 'ten minste alle eenzijdige naar buiten werkende besluiten van het bestuur'. Dat zou 'een einde maken aan de beleidsregel als "zelfstandig" uitgevaardigd naar buiten werkend recht".<sup>64</sup>

61. Deze bepaling heeft betrekking op algemene maatregelen van bestuur, maar het vierde lid van dit artikel verklaart haar van overeenkomstige toepassing op andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.

62. *Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel Va, Naar een nieuwe grondwet, deel 25,*

Den Haag 1983, p. 15, 16. De regering beperkte zich tot bespreking van de algemene maatregel van bestuur; de zelfstandige positie van de figuur van de beleidsregel was in die tijd blijkbaar nog te weinig ontwikkeld om in de overwegingen te worden betrokken, hoewel het (nieuwe) vierde lid van artikel 89 Gw daartoe wel aanleiding zou hebben kun-

nen geven.

63. Dat staat hier wellicht nogal apodictisch. Zie voor een onderbouwing: *De verplichting verankerd*, a.w., p. 98 e.v.

64. C.A.J.M. Kortmann, 'De Grondwet en het bestuursrecht', *NTB* 1998, p. 56.

Duidelijk is dat met dit soort voorstellen de jurisprudentie (zie paragraaf 2) zou worden omgebogen en de figuur van de beleidsregel een heel andere juridische betekenis zou krijgen: ofwel beleidsregels worden daardoor gelijkgesteld met algemeen verbindende voorschriften ofwel zij krijgen rechte – weer (want vroeger was dat ook het geval) – het karakter van interne regelingen. Nog verder gaat met name Damen, die codificatie van het legaliteitsbeginsel in de Grondwet voor het gehele overheidsoptreden bepleit.<sup>65</sup>

Het zou naar mijn mening wel goed zijn als de Grondwet bovendien een ander aspect van het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking zou brengen, namelijk het verbod van terugwerkende kracht van wettelijke voorschriften. Het verbod van terugwerkende kracht is een belangrijk aspect van het legaliteitsbeginsel, dat opmerkelijk genoeg in de staats- en bestuursrechtelijke doctrine betrekkelijk weinig aandacht krijgt.<sup>66</sup> Ongeclausuleerde codificatie van dit verbod is niet wenselijk, er zijn immers gevallen waarin er een uitzondering op moet worden gemaakt. Maar voorzover wettelijke voorschriften eenzijdig verplichtingen opleggen – wie moeite heeft met deze maatstaf zal misschien liever zeggen: belastende maatregelen bevatten – zou de Grondwet aan terugwerkende kracht in de weg moeten staan, behoudens in (zeer) uitzonderlijke gevallen.<sup>67</sup> Op een van de belangrijkste functies van het legaliteitsbeginsel, de rechtszekerheid, wordt immers door terugwerkende kracht een enorme inbreuk gemaakt. Dit verbod komt thans nog maar zeer ten dele in de Grondwet tot uitdrukking: geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling (artikel 16).<sup>68</sup> Hoewel het naar de letter niet uit dit artikel volgt, geldt deze regel ook voor bestuurlijke, met name ook reparatoire sancties. Bestuursdwang mag alleen worden toegepast als een gedraging in strijd is met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen (art. 5:21 Awb). Ook voor deze verplichtingen geldt mijns inziens dat zij voorafgaand aan de gedraging moeten zijn voorgeschreven. Terecht wordt in het voorontwerp voor een vierde tranche van de Awb deze eis in het algemeen aan bestuurlijke sancties gesteld (art. 5.0.4, tweede lid).

Ten slotte zou het wenselijk zijn in de Grondwet de bevoegdheid van het bestuur tot handhaving tot uitdrukking zou brengen. Alleen de rechter is bevoegd de straf van vrijheidsontneming op te leggen.

Deze straf is grondwettelijk goed verankerd, men zie artikel 113 lid 3 Gw.<sup>69</sup> De bevoegdheid van het bestuur om handhavend op te treden komt in de Grondwet niet aan de orde. Dit valt te verklaren uit het feit dat men vroeger de bevoegdheid tot handhaving in de bevoegdheid tot normstelling geïmpliceerd achtte. Nu dit echter niet meer vanzelfsprekend is en de bevoegdheid tot bestuurlijke handhaving ook op een (ruime) wettelijke grondslag dient te berusten, ontgaat mij waarom zulks niet in de Grondwet tot uitdrukking zou moeten worden gebracht.<sup>70</sup> Dit ligt slechts anders indien men de Grondwet niet de meest aangewezen plaats zou achten om het legaliteitsbeginsel te codificeren.

## 10. Samenvatting en conclusies

In het licht van het legaliteitsbeginsel verdient als uitgangspunt een zo specifiek mogelijke wettelijke bevoegdheidsgrondslag de voorkeur, in ieder geval wanneer eenzijdig verplichtingen worden opgelegd.

Geïmpliceerde bevoegdheden lijken dan ook de bastaarden van het bestuursrecht. Eigenlijk zijn zij niet de bedoeling. Om het systeem sluitend te krijgen, kunnen we er echter niet omheen. De Awb lijkt goeddeels een einde te maken aan de belangrijkste soorten geïmpliceerde bevoegdheden, maar blijft tevens – tamelijk onverwacht – een belangrijke impuls te hebben gegeven tot de creatie van weer nieuwe bevoegdheden van deze soort: het zelfstandig schadebesluit en het zelfstandige terugvorderingsbesluit.

De felle kritiek op deze jurisprudentie richt zich in het bijzonder op het feit dat rechtsbeginselen publiekrechtelijke bevoegdheden zouden kunnen scheppen. Deze kritiek valt in zoverre te relativiseren dat in het publiekrecht aan rechtsbeginselen dit vermogen slechts wordt toegekend voorzover zij betrekking hebben op geïmpliceerde bevoegdheden. De functie van de rechtsbeginselen is de legitimatie te bieden welk soort bevoegdheden in dat kader mogen worden afgeleid.

Nu ook reparatoire sancties een wettelijke grondslag dienen te hebben en het onvoldoende is ervan uit te gaan dat de bevoegdheid om dit soort sancties op te leggen geïmpliceerd is in de bevoegdheid tot normstelling, zou ook de Grondwet dit aspect van het legaliteitsbeginsel tot uitdrukking moeten brengen. Mede vanwege hun geïmpliceerde karakter kan voor reparatoire sancties met een algemene – niet-specifieke – wettelijke grondslag worden volstaan.

65. L.J.A. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', in: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Deventer 1999, p. 63, 66.

66. Zie echter voor een bespreking in het kader van het vertrouwensbeginsel: N. Verheij, *Preadvies voor de Vereniging voor de verge-*

*lijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer 1997, p. 50 e.v.

67. Vgl. Aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin voor de 'uitzonderlijke gevallen' wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 1996–1997, 25 212 nrs. 1–3, waarover ook Verheij, a.w., p. 52 e.v.

68. Zie overigens artikel 4 Wet AB. Het ka-

rakter van de Wet AB is niet op één lijn te zetten met dat van de Grondwet.

69. Men zie artikel 15 voor de grondwettelijke regels inzake vrijheidsontneming, ook anders dan als sanctie.

70. Een uitzondering kan worden gelaten voor de intrekking van een begunstigende beschikking als reparatoire sanctie.

Grondwettelijke codificatie van de bevoegdheid tot bestuurlijke handhaving doet recht aan het toegenomen politieke en bestuurlijke gewicht dat aan handhaving wordt toegekend.

*Utrecht, april 2002*